

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/15375>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.

Positivisme, soevereiniteit en recht

Rede, uitgesproken bij de uitreiking van de Thorbecke-penning op 21 februari 1997

C.A.J.M. Kortmann
is hoogleraar
staatsrecht aan de
Katholieke
Universiteit
Nijmegen en
medewerker van dit
blad.



Positivisten, kenners en liefhebbers van de juridische

meccanodoos, dragen, evenals andere nuchtere

handwerkslieden, het nodige bij aan rationeel, logisch,

analytisch denken en doen. Zij vormen tot op zekere

hoogte een barrière tegen postmodernistisch gezwam,

tegen irrationele rechtsschepping, tegen chaotisering en

verloedering van een rechtssysteem, tegen als recht

bestempelen van wat louter of voornamelijk eigen

verlangens en doeleinden zijn.

1. Inleiding

In een brief van 22 februari 1831 aan Groen van Prinsterer schrijft Thorbecke: 'Zooveel als ik heb kunnen opmerken, bestaat er hier bij de studenten noch meening noch belangstelling omtrent staatkundige onderwerpen'. Hij schrijft dat te Leiden, niet lang na zijn vertrek uit Gent. Nu bevinden zich hier vandaag weinig studenten, en nog minder Leidse studenten. Dat houdt echter niet in dat niemand zich Thorbeckes brief zou hoeven aan te trekken. Want hij vervolgt, nu met betrekking tot een zekere professor T.: 'Indien ik het zeggen mag, schijnt mij de Hr. T. geen enkel deel van de Staatswetenschap in eene strenge en voortgezette aaneenschakeling te hebben gevolgd. Aan kennis en vlugheid ontbreekt het hem zeker niet; maar of hetgeen zijn brein vervult, uitgewerkt en aan beginselen vastgemaakt is, dit schijnt niet altoos te blijken. Had dit zoo begaafde talent eene gestadige beweging, men zou er veel van mogen wachten; terwijl het nu, met als een eekhoorentje op de takken en uiteinden rond te klauteren en te springen, zijne kracht verspilt'. Degenen die mijn gebruikelijke roepnaam kennen, begrijpen dat ik mij aangesproken voel door Thorbecke, hier, te Leiden. Ik, T., zal trachten mij enigszins te revancheren met een strenge en voortgezette aaneenschakeling van denkbeelden inzake een thema van de staatswetenschap: positivisme, soevereiniteit en recht.

2. Positivisme

Uit het voorwoord bij en de inhoud van 'De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987' en 'Constitutioneel recht' blijkt dat beide geschriften het positieve staatsrecht tot thema hebben. Dat positieve staatsrecht is recht, gesteld of erkend door overheidsambten, geconstitueerd door de geschreven en soms ongeschreven constitutie. Dergelijke ambten zijn er vele, doch alle vinden, soms via een lange weg en vele schakels, hun grondslag in de constitutie in positiefrechtelijke zin.

Een positiefrechtelijk georiënteerde analyse en presentatie van het staatsrecht roept, zo blijkt, bij diverse beoefenaren van de rechtsgeleerdheid weerstand, of op zijn minst vragen op. De Dictionnaire constitutionnel van Olivier Duhamel en Yves Mény merkt op dat 'le mot' 'positivisme' 'comporte une nuance péjorative'. Ook kennen wij allen de kritiek op het positivisme van de jonge Gustav Radbruch en van Hans Kelsen. Zelfs een voorzichtig man als Herbert Hart met zijn prachtige 'The Concept of Law' is niet aan verwijten ontsnapt. En Martin Burkens schrijft in een bespreking van

‘Constitutioneel recht’ in Rechtsgeleerd Magazijn Themis dat Kortmann in zijn handboek gemotiveerd lijkt te zijn door een soort van juridisch purisme, een vrees voor besmetting met niet-juridische stoffen. En, zo schrijft Burkens, ‘daarmee komen de eisen van constitutionalisme en rechtsstaat in de lucht te hangen. Die eisen zijn systeem – intern niet te verdedigen, tenzij op grond van een soort naturrecht ...’ Het is een van de bekende vormen van kritiek op het positivisme en de positivistische staatsrechtbeoefening en zij is – afgezien van de veronderstelde vrees – niet zonder grond. In een consequent doordacht positivistisch stelsel zal een norm of een besluit immers ongeacht de inhoud gelden, indien zij maar herleidbaar zijn tot een hoger besluit. Men kan met die herleiding doorgaan en men eindigt tenslotte met de bekende vraag waarop dan de gelding van de eerste en hoogste norm berust. Kelsen nam een Grundnorm aan, de waarschijnlijk zwakste schakel in zijn overigens schitterend werk. Andere positivisten, waarbij Kelsen zeker niet hoort, nemen aan dat er een soeverein is, een oorspronkelijke legibus solutus, die door een wilsakt of machtsakt een rechtsorde of een statelijke orde vestigt. Welke oplossing de positivisten ook kiezen, steeds opnieuw krijgen zij de vraag voorgehouden of de inhoud van het recht er dan niet toe doet; is alle positieve recht écht recht? Alvorens op die vraag in te gaan, merk ik op dat van positivisten of positiefrechtelijke verhandelingen nogal eens een karikatuur wordt geschetst. Zodra een auteur zich tot het positieve recht beperkt en zelfs zegt dat hij dat bewust doet, krijgt hij het negatief bedoelde etiket ‘positivist’ opgeplakt. De rechtsbeginselen of leidende principes ontbreken, er is geen staats- of maatschappijvisie te ontwaren, een ideologie of leer ontbreekt. Er wordt niet ‘hin- und hergewandert’ tussen Sein en Sollen, enzovoort. De positivist wordt afgeschilderd als een ingenieur, een technocraat of zelfs een normloos, amoreel wezen. Een ondertoon daarvan is te vinden in het Visitatierapport onderzoek rechtsgeleerdheid van 1996. Hoewel deze kritiek niet altijd zonder grond is, verliest zij vaak uit het oog dat juist een goed inzicht in de historie, de systematiek, de terminologie en de werking van het positieve recht een voorwaarde is om de ‘zwaardere’ thema’s van legitimiteit en rechtvaardigheid vruchtbaar aan de orde te kunnen stellen. Iemand die het koningschap ongeacht plaats, tijdstip en inrichting ervan een autocratische, autoritaire instelling noemt, geeft blijk van gebrek aan juridisch-historisch inzicht. Hetzelfde geldt voor hen die menen dat alle staten met een parlement democratieën zijn. Zij weten kennelijk niet hoe dat parlement wordt samengesteld en welke zijn bevoegdheden zijn. Iemand die meent dat grondrechten altijd en jegens een ieder moeten gelden, omdat het grondrechten zijn, realiseert zich kennelijk onvoldoende dat de relatie van de overheid met de onderdaan meestal een andere is dan die tussen particulieren onderling. En als journalisten en politici schrijven en spreken over de rechtsstaat, krijgt men vaak de indruk dat die rechtsstaat vooral de bouw van gevangenissen, lik op stuk-beleid, beknotting van de vrijheid van de advocatuur en zelfs invoering van de doodstraf verlangt. Dit alles zou behoren tot de sociale en democratische rechtsstaat, een term, vooral gebezigd in Duits georiënteerde CDA-kringen. Daardoor dreigt de rechtsstaat in zijn tegendeel te verkeren en te verworden tot een stelsel waarin niet vrijheid van, doch dwang door de overheid de norm is.

Positivisten, kenners en liefhebbers van de juridische mecanodoos, dragen, evenals andere nuchtere handwerkslieden, het nodige bij aan rationeel, logisch, analytisch denken

en doen. Zij vormen tot op zekere hoogte een barrière tegen postmodernistisch gezwam, tegen irrationele rechtsschepping, tegen chaotisering en verloedering van een rechtssysteem, tegen als recht bestempelen van wat louter of voornamelijk eigen verlangens en doeleinden zijn. Huidige beoefenaren van het publiekrecht als Burkens, Duk en Prakke behoren in mijn ogen tot de genoemde handwerkslieden en alleen al daarom schat ik hen hoog. Zij leggen tenminste consistent uit waarover zij het hebben.

Ondanks het voorgaande is niet te ontkomen aan de beschouwing van enige lastige aspecten van het positivisme. Daarmee kom ik aan het thema soevereiniteit.

3. Soevereiniteit

In vele positivistische theorieën speelt het begrip soevereiniteit een centrale rol. De gever van de basisnorm van een rechtsorde, een Grondwet of constitutie, is in deze theorieën vaak de soeverein, die door een wilsakt een of meer basisregels creëert, waarop het overige recht berust. Die gever zelf is bij zijn schepping niet onderworpen aan rechtsregels. Deze kunnen er immers nog niet zijn. Het doet er in deze theorieën in beginsel niet toe wie die soeverein is. Het kan een koning zijn, een parlement, een rechter, een stamhoofd, een benedeider, het volk of God zelf. Wie het ook is, hij blijft een soeverein. Hier stuiten we op een van de gevaarlijke aspecten van dit soort positivisme. Het creëert een, al dan niet fictieve, omnicompetente instelling of persoon die een rechtssysteem de vorm en de inhoud kan geven die hij wenst. Niet voor niets zijn Rousseaus ideeën dan ook bestempeld als absolutistisch, ook al ging hij uit van de *volonté générale*. Het gaat niet te ver te stellen dat alle juridische concepten waarin een soeverein voorkomt, of het nu de *souveraineté populaire* of nationale is, dan wel de *sovereignty* of parlement, intrinsiek absolutistisch zijn. En het is begrijpelijk dat een bepaald soort positivisme van het interbellum verweten is de poort te hebben opengezet voor het Nazi-regime. Hitler kwam positiefrechtelijk legaal aan de macht.

Maar het positivisme hoeft niet te werken met een soevereiniteitsconcept, ook al doet het dit vaak. Het hoeft zelfs niet uit te gaan van een *pouvoir constituant originaire*, een term die overigens vaak staat voor de soevereiniteit. Duidelijk is dat er, zodra een constitutie tot stand gekomen is, geen soeverein meer bestaat, noch kan bestaan, daar een constitutie per definitie macht en bevoegdheid verdeelt en beperkt, hoe zwak of ongelukkig soms ook. Maar is dan de eerste constitutievegever noodzakelijk de soeverein? Waren Willem I en de notabelen, waren de Franse revolutionairen of de *Founding Fathers* de soeverein, niet gebonden door voorafgaande normen? Werden die eerste constituties ‘zo maar’, uit het niets, willekeurig naar vorm en inhoud, gegeven? Het is zeer onwaarschijnlijk. Zelfs in in onze ogen verwerpelijke regimes richtte de gever van de constitutie zich op bepaalde doeleinden en achtte hij zich of was hij gebonden door bepaalde normen, concepten, beginselen of doeleinden die, al dan niet duidelijk uitgesproken, leefden in de spraakmakende gemeente, maar veelal ook daarbuiten. Dat konden zeer open principes en doeleinden zijn, zoals scheppen van orde, voorkomen van oorlog, maar zij functioneerden alle als begrenzingen van de grondwetgevende macht. Men kan het ook wat anders uitdrukken: welke gever van een constitutie dan ook, leeft niet in een normatief vacuüm. Er bestaan regels en gebruiken en degenen die aan de consti-

tutie onderworpen worden of zich daaraan onderwerpen, verwachten dat de constitutie vele of een aantal daarvan in acht neemt en beschermt. Constance Grewe en Hélène Ruiz Fabri, beiden stevige positivisten, schrijven over de idee van een ongebonden constituant: 'Opinion frustrante et excessive dans la mesure où il n'est guère concevable que la Constitution ... intervienne dans un no man's land juridique'. Het ziet ernaar uit dat de positivist die een absolute pouvoir constituant voor ogen heeft, zich op het zelfde gladde ijs begeeft als degene die meent dat alle recht tenslotte afkomstig is van God of herleidbaar is tot onveranderlijke, absolute normen. In beide gevallen levert men zich over aan heteronomie, aan uiteindelijke afhankelijkheid of, zo men wil, aan Führers, goddelijk of niet. Is een stevig relativisme niet menselijker en correspondeert het niet meer met de realiteit van het menselijk bestaan? Weten wij niet allen dat op dit ondermaanse niets absoluut waar of zeker is, behalve misschien de dood? Als dit zo is, is er nooit en te nimmer een soeverein.

Zou een gever van een eerste constitutie – welke dan ook – enkel en alleen decreteren wat hém goeddunkt, dan betekent dat constitutionele zelfmoord, misschien niet onmiddellijk, maar wel op termijn. Friedrich Hayek heeft het goed gezien, als hij stelt dat de 'soeverein' of de grondwetgever de trouw behoeft van wat hij de 'opinion' noemt. In mijn terminologie zou ik zeggen dat de grondwetgever de al dan niet uitdrukkelijke instemming behoeft van het gros van de onderdanen en van de ambtsdragers die de belangrijke overheidsfuncties vervullen. Die instemming zelf moge van feitelijke aard zijn, zij zal niet gegeven worden zonder dat volstaan is aan normatieve concepten en regels. Zonder deze instemming stort een constitutioneel stelsel ineen, zoals de geschiedenis van de eerste Franse constituties heeft aangetoond.

4. Recht

Met het voorgaande is tevens een begin van een antwoord gegeven op de vraag of in een positivistische benadering van het recht alle gestelde recht écht recht is. Het antwoord luidt ontkennend. Ook al zal een positivist als basisstelling verdedigen dat alle bevoegd gesteld recht geldt, in de zin van toepasselijk is, dit betekent niet dat hij blind is of hoeft te zijn voor defecten ervan. Een constitutie die enkel zou bepalen dat een regering, een volk of een parlement mag decreteren wat zij of het wil, is vanuit de positie van die besluitnemers bezien voor een positivist geldend, toepasselijk recht. Zou de positivist dit niet erkennen, dan was hij geen positivist meer. Vervolgens rijst echter de vraag of een zodanige constitutie zelf als echt recht is te zien. Sommige positivisten zullen ook hierop bevestigend antwoorden. Gaat men er, met mij, echter van uit dat geen enkele constituant in een normatief vacuüm werkt, dan luidt het antwoord ontkennend. Een constitutie die bepaalde kenmerken, zo men wil principes, niet in acht neemt, is geen constitutie in juridische, zelfs niet in positiefrechtelijke zin. En nu vraagt men vanzelfsprekend welke die principes dan wel mogen zijn. Het antwoord luidt als volgt.

De dijken staan op breken. De dijkgraaf roept bij de dageraad de mannen op te komen spaaen en spitten, zandzakken aan te dragen en bulldozers te verschaffen; hij maant de vrouwen tot het voederen van het manvolk. Na een lange, uitputtende dag is het gevaar geweken en ontvangen de noeste werkers en werksters, zowel die van het eerste, als die

van het laatste uur, allen gelijkelijk een kaartje voor PSV-Ajax. 'Schande', roepen de liefhebbers van positief recht, vervat in artikel 1 Grondwet, de Algemene wet gelijke behandeling en het minimum-loon. 'God zij dank', prevelen anderen, wetend dat de oude man met de laatst gearriveerde kruiwagen nauwelijks kon sjouwen, minder zelfs dan de dijkgraaf, maar wel verstand van dijken had. Welk is hier het beginsel? Ik weet het niet zeker, maar ik vermoed dat een constitutie die de dijkgraaf verboden had te handelen zoals hij deed, spoedig gewijzigd zou worden. Mensen werden immers gered door gezamenlijke inspanning. De dijkgraaf handelde wellicht in strijd met het positieve recht, toch was wat hij deed recht. Hij had ook kunnen besluiten niemand een beloning te geven.

Veelal weten wij slechts achteraf wat goed is of was. Dit geldt voor de gebeurtenissen rond de dijk, maar ook voor constituties. Men denke slechts aan die van de Franse Vijfde republiek, door velen verguisd in 1958, nu veelal gewaardeerd, althans in Frankrijk. Meestal weten wij vooraf echter wel wat écht slecht is. Daarvoor behoeven wij geen hoofdstuk 1 van de Grondwet, noch een Europees of mondiaal mensenrechtenverdrag. Een échte constitutie is er een die aan niemand, geen enkele instelling of ambt absolute of totalitaire bevoegdheden over een mens verschaft, die weliswaar dwang tot samenwerking en zelfs straf mogelijk maakt, maar zonder dat diepe overtuigingen op de brandstapel of onder de guillotine geofferd worden, die een individu de mogelijkheid biedt te vluchten, geestelijk en lichamelijk, indien hij dat wil. Sommigen zullen dit zien als een verholten natuurrechtelijke opvatting. Ik ben er echter van overtuigd dat ook de geheide positivist, van Hobbes tot Carré de Malberg of Kelsen, er niet aan ontkomt te erkennen en zelfs te verdedigen dat een maker van een constitutie, wil hij een duurzame constitutie scheppen, niet anders kan dan ervan uitgaan dat uiteindelijk iedere mens uniek en als persón onvervangbaar is en dat niemand de uiteindelijke waarheid bezit. Dit betekent dat een grondwetgever, hoe hij de constitutie ook inricht, nimmer het systeem, doch de mens voorop moet stellen. Het systeem is er voor de mens, niet omgekeerd. Het impliceert ook dat de constitutie rechte, dat wil zeggen zonder revolutie of staatsgreep, gewijzigd of vervangen moet kunnen worden. Een van de sterke zijden van het positivisme is juist dat het aanvaardt dat het een ieder vrijstaat de inhoud van een geldende rechtsorde of rechtsregel onjuist of onrechtvaardig te vinden en van oordeel te zijn dat die orde of regel gewijzigd moet worden. Een constitutie moet dat mogelijk maken. Zonder dat is een constitutie geen écht recht. Aldus berust zelfs voor een positivist een constitutie op tenminste twee aan een constitutie inherente principes: de erkenning van de mens als uiteindelijk autonoom persón én de mogelijkheid tot wijziging van de constitutie.

Misschien is dat voor velen wat mager. Maar dit minimalisme of waardenrelativisme biedt wel een belangrijk tegenwicht tegen degenen die met een beroep op absolute waarden, normen en zekerheden de mens en de samenleving in een onlosmakelijke omhelzing willen nemen. Zelfs de meest diepe liefdesrelatie bestaat slechts bij gratie van de overtuiging dat de ander mag zeggen: 'laat me los'. □